

НИКИТА АЛЕКСАНДРОВИЧ АРАПОВ

преподаватель кафедры государственного и административного права СПбГУ,
кандидат юридических наук

zedan8945@gmail.com

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ «ПРИНЦИП» В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВЕ: ЕГО ОПРЕДЕЛЕНИЕ И ФУНКЦИИ

Статья предлагает онтологическое, телеологическое и функциональное обоснование интерпретации конституционных принципов как самостоятельного и отличного от конституционных норм средства правового регулирования.

Ключевые слова: конституционное право, принцип, норма, этический стандарт, функция, судебное усмотрение, конституционный нормоконтроль

«Исходные, основные положения Конституции, интегрирующие в себе содержание нормативно-правового регулирования определенного круга общественных отношений в сфере установления положения личности, социально-экономической, культурной и государственно-правовой организации общества», — так принципы конституционного права определяет В.В. Невинский¹. «Под конституционными принципами понимаются общие, руководящие начала конституционно-правового регулирования, обладающие высшей степенью нормативной обобщенности, предопределяющие развитие всей системы правового регулирования»². Подобную интерпретацию конституционных принципов использовал и О.Е. Кута-

¹ Невинский В.В. Конституционный Суд РФ и развитие конституционных принципов // Конституционное правосудие на рубеже веков. М., 2002 С. 194.

² Конституционное право Российской Федерации / под общ. ред. Н.В. Витрука. М., 2010. С. 90.



фин³. Г.Н. Комкова понимает конституционные принципы как «основные начала конституционализма, являющиеся базисом для формирования системы конституционного права»⁴. И.А. Алебастрова пишет, что принципы конституционного права — это «идеи, лежащие в основе содержания конституции той или иной страны (общие конституционные принципы или принципы конституции) либо в основе содержания ее отдельных институтов и норм (частные или институциональные конституционные принципы)»⁵. В.Е. Чиркин считает, что принципы конституционного права — это «нормы, но представляющие собой исходные положения высокой степени обобщенности»⁶; Б.С. Эбзеев — что это «основополагающие начала, ключевые идеи и положения, определяющие и выражающие... сущность конституционного права»⁷.

Существуют и иные теоретические взгляды на принципы права⁸, которые можно использовать для определения понятия «конституционный принцип».

Р. Алекси, в частности, считает, что норма права, в зависимости от ее содержания и порядка реализации, может быть правилом или принципом⁹. Правило, по мнению автора, есть норма, содержание которой состоит из относительно определенно сформулированных прав и обязанностей участников общественного отношения и условий о том, к кому и при наличии каких фактов она применима. Реализация норм этого вида требует полного воплощения их содержания в поведение участников общественного отношения, ими урегулированного. В свою очередь, принцип — это норма права, которая содержит некоторую идею или стандарт. Механизм реали-

³ Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. М., 2001. С. 87–88.

⁴ Комкова Г.Н. Понятие принципов конституционного права России // Сб. ст., посвященный 75-летию со дня рождения академика О.Е. Кутафина. М., 2012. С. 33.

⁵ Алебастрова И.А. Конституционные принципы: проблемы юридической природы и эффективности реализации // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 7. С. 6.

⁶ Чиркин В.Е. Конституционное право России. М., 2009. С. 25.

⁷ Конституционное право России / под ред. Б.С. Эбзеева. М., 2012. С. 23.

⁸ В литературе есть представления о принципах права как: 1) структурах правосознания (см., напр.: Явич Л.С. Право развитого социалистического общества: сущность и принципы. М., 1978. С. 199–201); 2) положениях, сформулированных юридической практикой (см., напр.: Скурко Е.В. Принципы права. М., 2008. С. 22–29); 3) нормах с абстрактным содержанием (см., напр.: Марченко М.Н. Теория государства и права. М., 2006. С. 582); 4) «общих нормах» (Фарбер И.Е., Ржевский В.А. Вопросы теории советского конституционного права. Саратов, 1969. С. 46); 5) самостоятельных средствах правового регулирования (см., напр.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2009. С. 186–188).

В статью принята во внимание дискуссия о корреляции понятий «принцип права» и «правовой принцип» (см., напр.: Принципы российского права. Саратов, 2011. С. 17, 40, 55, 178–179) и сочтено возможным использовать эти понятия, как и понятия «принцип конституционного права», «конституционный принцип», в качестве синонимичных.

⁹ См., напр.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. New York, 2010. P. 44–111; *Idem*. A Theory of Legal Argumentation. N.Y., 2010. P. 4–5, 242–245, 260–261; Алекси Р. Понятие и действительность права. М., 2011. С. 86–89.

зации принципов автор описывает как «требование оптимизации», имея в виду, что содержание принципа образует общий замысел, а не относительно точное предписание, отчего он может быть реализован в той или иной степени, но не полностью превращен в жизнь как юридическое правило. Р. Дворкин различал нормы и принципы права как таковые и не усматривал в норме права потенциал ее дихотомии в виде правил и принципов в зависимости от их содержания и механизма действия¹⁰. Понимание нормы права у Дворкина в целом соответствует понятию юридического правила Алекси, тогда как принципы определены автором как «все множество тех стандартов, которые не являются нормами»¹¹.

Оба ученых исходят из того, что принцип права имеет своим содержанием некоторый стандарт, т.е. идею, общий замысел или представление, но не правило, предписывающее нечто относительно конкретное. Абстрактный характер содержания принципов права вообще и принципов конституционного права в особенности предполагает такое их качество, как дедуктивность. Это значит, что для реализации принципа права необходима правовая интерпретация лежащей в его основе идеи, с тем чтобы, выведя из нее ряд относительно конкретных требований (т.е. сформулировав правило) и определив таким образом содержание принципа, затем применить его для урегулирования общественного отношения¹².

Между тем сама по себе дедукция правила из стандарта (идеи) не до конца показывает природу принципов права. Полнее их специфику позволяет раскрыть позиция Ж.-Л. Бержеля о свойственности праву парных категорий, в том числе «действительность — недействительность»¹³. Имея в виду различия в механизме реализации норм и принципов, приложение к ним этих категорий показывает следующее.

«Нормы применяются по принципу: все или ничего»¹⁴, т.е. надлежащая реализация норм права предполагает, что они должны быть реализованы в поведении субъектов права до своего логического абсолюта. Для этого должны быть установлены приоритетные нормы, а к общественному отношению применены только непротиворечащие, взаимодополняющие и корректирующие друг друга. Поэтому, когда в праве присутствуют конкурирующие нормы, которые применимы к одному и тому же отношению, одна из них, если конкуренция неустраима по правилам юридического толкования¹⁵, должна быть признана недействительной с вытекающими из этого

¹⁰ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 45–57, 109–120.

¹¹ Там же. С. 45.

¹² Принцип права «формирует основание для рассуждения в определенном направлении, но не диктует конкретного решения» (Там же. С. 50).

¹³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 488–489.

¹⁴ Дворкин Р. Указ. соч. С. 48.

¹⁵ Для этого используют правила *lex superior derogat legi inferiori*; *lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*. Если противоречие между нормами не может быть разрешено таким образом в пользу одной из них, необходимо признать недействительными обе (см.: Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 46).



правовыми последствиями, в то время как другая — действительной, обладающей юридической силой и применимой для регулирования некоторого общественного отношения.

Механизм реализации принципов показывает обратное. В праве необходимо присутствуют одинаково действительные, но конкурирующие друг с другом идеи, и принципы вводят в право и юридически формализуют в нем некоторые общие представления (идеи). Однако если формализующий некоторую идею принцип будет реализован до своего логического абсолюта, это необходимо исключит действие и в конечном счете действительность конкурирующих с ним принципов, что в итоге сделает невозможным сосуществование в праве конкурирующих юридически значимых его идейных оснований. Поэтому одно из существенных качеств принципов — это их возможность входить в состояние взаимной конкуренции, не предполагающей соотношения как действительных и недействительных¹⁶. Конкуренция принципов права, одинаково применимых к отдельно взятому общественному отношению, не требует, чтобы один из них получил приоритет и реализацию, в то время как другой был «устранен» от регулирования этого отношения. Полноценная реализация принципов права, особенно конституционного, предполагает не приоритет, или «весовое» превосходство¹⁷, но согласованность, которая гармонизирует конкуренцию принципов, например как эффективных по Парето¹⁸ или равновесных по Нэшу¹⁹.

Сопоставление вышесказанного с конституционным правом приводит нас к следующим выводам. Во-первых, принципы конституционного права основаны на конституционно значимых этических идеях, т.е. на представлениях о должном

¹⁶ Опираясь на гипотезу о парных категориях в праве, предположим, что каждому принципу можно противопоставить такой, который будет его ограничивать (см., напр.: *Cardozo B. The Paradoxes of Legal Science. N.Y., 1928. P. 62; Dickinson J. The Law behind the Law // Columbia Law Review. 1929. № 3. P. 285, 298*). Это само по себе не предполагает превосходства одного принципа над другим и не исключает возможности их гармонизации, когда из принципа не только необходимо дедуктивно сформулировать правило поведения, но еще и сам принцип нужно согласовать с другими принципами права и следующими из них правилами. Поэтому «принципы права надо непременно брать в их системе» (*Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 155*). Принципы конституционного права, следовательно, взаимно ограничивают друг друга, обоюдно сохраняют в этой конкуренции свою действительность и, более того, только их взаимное применение к общественному отношению обеспечивает полноценность регулирования.

¹⁷ Дворкин считал, что государственные органы, принимая решения, должны обосновать приоритет одного принципа над другим (см.: *Дворкин Р. Указ. соч. С. 51*), Алексин доходит до определения «веса» принципов, формулируя для этого алгебраические формулы (см.: *Алексин Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228*). Это намерение, понятное в стремлении исключить из права субъективность, придать ему точность и математическую ясность, все же вызывает сомнения в части применимости (см., напр.: *Цакиракис С. Пропорциональность: посягательства на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 48–59*).

¹⁸ См.: *Парето В. Компендиум по общей социологии. М., 2007*.

¹⁹ См.: *Nash J.F., Jr. Essays on Games Theory. Cheltenham, 1996*.

в конституционном праве. Во-вторых, содержание конституционных принципов сформулировано как стандарт²⁰, представляющий собой требование наибольшего соответствия идее (требование оптимизации). В-третьих, конституционные принципы не устанавливают конкретных прав и обязанностей субъектов для достижения такого соответствия и не предопределяет порядка своей реализации²¹ — все эти элементы могут быть лишь дедуктивно выведены из принципов для целей их реализации. В-четвертых, конституционным принципам несвойственна традиционная для норм структура²². В-пятых, устанавливая идеальную цель, конституционные принципы могут быть реализованы лишь относительно, но не абсолютно²³. В-шестых, состояние конкуренции конституционных принципов между собой — это существенный признак, отличающий их от норм конституционного права.

Таким образом, принцип конституционного права — это отличное от его нормы средство правового регулирования²⁴. Норма конституционного права формализует правило поведения, в то время как принцип — этическую конституционно значимую идею (стандарт)²⁵. Принцип конституционного права есть юридическая форма выражения этической конституционно значимой идеи (стандарта) и средство придания ей правового (внешне обязывающего) значения. Иными словами, это находящееся в состоянии конкуренции, содержащее общеобязательный, формально определенный стандарт средство правового регулирования, которое позволяет дедуктивным развитием конституционно значимых идей обеспечить непротиворе-

²⁰ См., напр.: *Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law*. New-Jersey, 2003. P. 118.

²¹ «Принципы не определяют никакой детализированный результат ни к какому фактическому состоянию... не угрожают никакими определенными официальными действиями в случае определенного поведения. Они суть исходные пункты для процедуры согласно принятому методу» (*Pound R. Discretion, Dispensation and Mitigation* // *N.Y. University Law Review*. 1960. № 4. P. 925).

²² Гипотеза конституционного принципа освобождена от предметных обстоятельств его действия, хотя может содержать (впрочем, факультативно) указание на субъекта, который должен обеспечить его реализацию. Нет диспозиции, принцип не содержит прав и обязанностей, иначе он становился бы нормой; он лишь устанавливает некую цель. Санкция существует, по видимому, только в правостановительной, но не карательной форме (см., напр.: *Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов* // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2008. № 2. С. 44).

²³ Относительная степень реализации принципа конституционного права обусловлена фактическими причинами — существующей обстановкой и состоянием субъекта, реализующего соответствующий принцип; а также юридическими причинами: во-первых, общим характером его содержания, для уточнения которого в целях его реализации необходима правовая интерпретация, во-вторых, тем, что принцип находится в состоянии конкуренции с другими принципами, что предполагает его реализацию лишь в пределах согласованности с ними.

²⁴ См., напр.: ст. 277, 290 Конституции Португалии 1976 г.; ст. 226 Конституции Анголы 2010 г.; ст. 2 Конституции Турции 1982 г.; ст. 61 Конституции Казахстана 1995 г.; § 4 ст. VIII Конституции Филиппин 1987 г. (здесь и далее примеры из конституций зарубежных стран приведены по материалам *Constitute* (URL: <https://www.constituteproject.org>)).

²⁵ Это значит, что норма и принцип — явления равноположенные, а правило и стандарт соотносятся с ними как содержание и форма (см., напр.: *Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав*. М., 2000. С. 217).



чивое, конституционно правомерное развитие права и защитить правовую систему от нарушения тех конституционных идей, на которых она основана.

В теоретических представлениях о конституционных принципах не лишне иметь в виду, что «если относиться к Конституции серьезно, то толкование и осуществление этих общих положений вызовет большие трудности для органов законодательной власти, а эти трудности приведут Конституцию, суды и органы законодательной власти к конфликту и подорвут их репутацию. Если же рассматривать эти декларации как пустые обещания, это также приведет к дискредитации»²⁶. Каков же функциональный статус конституционных принципов в правовой системе?

Сравнительно-правовой метод показывает две тенденции того, как может быть определено правовое положение принципов конституционного права. Во-первых, правовая система может не иметь каких-либо специальных положений о конституционных принципах. Если в средствах правового регулирования наряду со сравнительно конкретными нормами конституционного права можно при этом обнаружить и принципы, это свидетельствует об их конклюдентном признании без установления специальных предписаний относительно статуса принципов, что обуславливает их функционирование сообразно своей природе и общей правовой логике²⁷. Во-вторых, правовая система может общим²⁸ или частным²⁹ образом определить особенности положения принципов конституционного права.

²⁶ Басу Д.Д. Основы конституционного права Индии. М., 1986. С. 245–246.

²⁷ Такое положение принципов конституционного права обнаружим во многих правовых системах. Например, Конституции Бельгии 1831 г., Германии 1949 г., Италии 1947 г., Нидерландов 1887 г., России 1993 г., США 1787 г., Франции 1958 г. не содержат каких-либо особых правил относительно положения их принципов, в то же время эти Конституции в достаточной мере ими наполнены. В Конституции Норвегии 1814 г. слово «принцип» вообще не использовано ни в одном из ее положений, кроме ст. 112, устанавливающей, что «изменения [конституции] никогда не должны противоречить принципам данного Основного закона».

²⁸ Акт о форме правления Швеции 1974 г. (п. 23 главы II) не признает юридической силы за законом или иным предписанием, противоречащим принципам свободы. Конституция Мексики 1917 г. (ст. 14) допускает обращение к общим принципам права в гражданских делах при отсутствии применимого закона. Принципы, связанные с социально-экономическими правами и не получившие подтверждения в законе, лишены судебной защиты Конституциями Индии 1949 г. (ст. 37), Испании 1978 г. (ст. 53), Ирландии 1937 г. (ст. 45), Мальты 1964 г. (ст. 21). Ряду конституционных принципов дано качество повышенной устойчивости. Например, ст. 79 Основного закона ФРГ 1949 г. наделяет таким качеством принцип федерализма, а ст. 110 Конституции Греции 1975 г. и ст. 288 Конституции Португалии 1976 г. — республиканскую форму правления. См. также: ст. 4 Конституции Турции 1982 г.; ст. 112 Конституции Норвегии 1814 г.; ст. 142 Конституции Молдовы 1994 г.; ст. 79.1 Основного закона ФРГ 1949 г.; ст. 178 Конституции Алжира 1989 г.; ст. 120 Конституции Бахрейна 2002 г.; ст. 175 Конституции Кувейта 1962 г.

²⁹ В Конституции РФ нет специальных положений о принципах конституционного права, но, скажем, ст. 6 ч. 1 ГК РФ говорит об аналогии права и отсылает к общему смыслу гражданского законодательства, требованиям добросовестности, разумности и справедливости, которые, кроме прочего, имеют своими основаниями известные конституционные принципы. Это положение гражданского права, таким образом, есть частное определение правовой системы о положении (и значении) конституционных принципов.

Из легального подтверждения принципов конституционного права следует вопрос об их действительном положении в правовой системе, т.е. о функциях, ими исполняемых³⁰, что может быть рассмотрено в контексте роли этих принципов на различных стадиях правового регулирования³¹.

Регламентация общественных отношений является первой стадией правового регулирования и предполагает установление правил поведения, которым такие отношения должны соответствовать. Стандартное средство правового регулирования при этом — норма права, с помощью которой субъекты правотворчества вводят вышеуказанные правила, но здесь обнаруживает себя и конституционный принцип. Конституционные границы правотворчества предполагают, что субъекты, его осуществляющие, обязаны добросовестно и правомерно, в том числе с соблюдением принципов конституционного права, осуществлять деятельность по регламентации общественных отношений посредством принятия нормативно-правовых актов³².

Взяв в качестве примера субъекта, осуществляющего такую регламентацию, законодателя, можно отметить следующее. Принципы конституционного права, с одной стороны, управомочивают его на принятие законов, с другой — обязывают принимать их так, чтобы они соответствовали и развивали те общие положения, которые содержат обязательные для законодателя принципы. Исходя из этого функция принципов конституционного права, исполняемая ими на данной стадии, может быть названа конструктивной³³. Она проявляет себя в форме общего концепта права, при дедуктивном подходе к которому субъекты правотворчества выводят из принципов и ими обосновывают формулируемые нормы, тем

³⁰ В Постановлении КС РФ от 23.01.1993 № 1-П сказано: общие принципы конституционного права «обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права».

³¹ Далее использована традиционная структура правового регулирования (см., напр.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. С. 281; *Общая теория государства и права: академический курс* в 3 т. Т. 3. М., 2013. С. 97).

³² Конституции, например, закрепляют, что законодатель должен действовать, «точно придерживаясь принципов, положенных в основу настоящей Конституции» (ст. 45 Конституции Лихтенштейна 1921 г.); «законы... должны составляться исходя из принципов достоинства и равенства полов» (ст. 24 Конституции Японии 1946 г.).

³³ «Принципы права можно рассматривать... как механизм саморегулирования, призванный обеспечить единство, взаимосогласованность и взаимодействие отдельных составных частей правовой системы» (*Черданцев А.Ф.* Основные характеристики нормы права // *Российский ежегодник теории права.* 2009. № 2. С. 568–569). Есть и другой взгляд, согласно которому принципы индуцируют из законов, судебных решений и иных актов (см., напр.: *Тарановский Ф.В.* Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 259; *Муромцев С.А.* Что такое догма права? (окончание) // *Юридический вестник.* 1884. № 5–6. С. 234; *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 124–165).

самым обеспечивая непротиворечивость правовой системы и ее защищенность от так называемого законного неправа³⁴.

Основным средством правового регулирования на стадии действия права³⁵ является конструкция правоотношения, основанного на правовой норме и ею регламентированного, в то время как конституционные принципы играют тут роль, скорее, вспомогательную³⁶. Эта стадия требует ясно сформулированных норм, которые содержат понятные правила поведения, в том числе норм, являющихся следствием согласования различных принципов конституционного права на первой стадии правового регулирования. Объемное присутствие принципов на стадии действия права — признак подозрительный, свидетельствующий, возможно, о «плохой» деятельности субъектов правотворчества³⁷ и неразвитости правовой системы. Вместе с тем, хотя конституционные принципы — это средство правового регулирования, обращенное в первую очередь к правотворцам и правоприменителям, иные субъекты права, вступая в правоотношения или в связи с реализацией своих прав и обязанностей, принимают во внимание и исходят из существования и содержания принципов конституционного права. И тот факт, что участники правоотношений предполагают наличие некоторых конституционных принципов, юридически небезразличен и как минимум порождает у них определенные ожидания.

Дополнительная стадия правового регулирования — применение права (в статье рассмотрена только судебная его форма). К обстоятельствам, когда конституционные принципы могут быть использованы при отправлении правосудия, в частности, отнесем: правовые состояния, когда норму, которая бы содержала в себе правило поведения для рассматриваемого дела, либо нельзя обнаружить вообще, либо норму обнаружить возможно, но содержание ее неясно или недостаточно для разрешения дела, либо в суде возникает вопрос о конституционности правовой нормы.

Принципы конституционного права в связи с интерпретацией. Толкование права, естественно, необходимо для его реализации³⁸, и принципы права выступают одним

³⁴ См.: Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 228.

³⁵ Вторая и третья (реализация прав и обязанностей) стадии правового регулирования в статье будут соединены.

³⁶ Известное значение на этой стадии конституционные принципы, конечно, имеют, например в части деятельности публичной администрации (см.: Бержель Ж.Л. Указ. соч. С. 179); ст. 37 Конституции Бразилии 1988 г. устанавливает, что «публичная администрация, выполняющая свои функции непосредственно или косвенным образом... действует на основе принципов законности, объективности, нравственного поведения и гласности».

³⁷ И. Бентам давал наставления законодателям: «Надо придерживаться ясного и простого изъясления воли... Не следует смешивать мотивировки с самим законом... закон должен содержать чистое выражение воли и только» (Бентам И. Тактика законодательных собраний. Челябинск, 2006. С. 77).

³⁸ А. Барак пишет: «Значение слов статута не самоочевидно, но, напротив, они требуют толкования. Любой текст требует толкования, и любой статут требует толкования» (Барак А. Судейское

из используемых для этого средств³⁹. В этом отношении принципы конституционного права, имея сквозное, системообразующее значение для права и его отраслей, играют свою роль в понимании оснований интерпретируемой нормы и выведении из нее непротиворечивых в пределах правовой системы следствий.

Принципы конституционного права как средство преодоления феномена «отсутствующей нормы»⁴⁰. При рассмотрении дел различных категорий, входящих в компетенцию судов, последние могут апеллировать в том числе к конституционным принципам при отсутствии применимой правовой нормы⁴¹. Таким образом реализуется регулятивная функция принципов. Она является в некотором плане факультативной. Суду для разрешения спорного правоотношения необходима норма, определяющая модель поведения, т.е. правило, устанавливающее права и обязанности⁴². Принципы же сами по себе такого правила не содержат⁴³, поскольку

усмотрение. М., 1999. С. 52). Но можно сказать *in claris non fit interpretation* и отличать интеллектуальный процесс понимания положений права от тех случаев, когда норма неясна или ее буквальное содержание не полностью охватывает обстоятельства дела, подлежащего судебному рассмотрению, для устранения чего необходимо толкование в специальном смысле слова.

³⁹ См., напр.: Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 80, 153–158, 224, 296–305, 318; Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. 1. М., 2011. С. 387–399, 433–453.

⁴⁰ Состояние «отсутствующей нормы» вызывает вопрос: должен ли суд в любом случае изыскать юридическое основание для принятия решения или он может отказать в принятии решения по причине, что право не содержит подходящей нормы? Немецкая школа свободного права (см., напр.: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М., 2004. С. 525–528), американская и скандинавская школы правового реализма (см., напр.: История политических и правовых учений / И.Ю. Козлихин, А.В. Поляков, Е.В. Тимошина. СПб., 2007. С. 424–443) отвечали на указанное затруднение противопоставлением двух концепций судебной деятельности, названных впоследствии судебным активизмом и судебным формализмом. Последняя настаивает: суд может руководствоваться в своей деятельности только нормами, надлежаще установленными законодателем. В таком случае суд должен либо отказать в принятии решения, либо руководствоваться чем-то внеправовым, если законодатель не предусмотрел норму, разрешающую рассматриваемое в суде дело. Концепция судебного активизма, напротив, говорит, что суд все же остается в правовой сфере, если разрешает дело в отсутствие законодательной нормы права. Она исходит из того, что право состоит как из норм, так и из принципов, в которых получают выражение различные идеи, ценности, цели, и суд, если не обнаружит применимой нормы, прибегает к правовой аргументации посредством принципов.

⁴¹ В частности, ст. 1 ГК Швейцарии 1907 г. устанавливает: «При отсутствии применимого законодательного положения... обычая... судья выносит решение согласно правилам, которые он установил бы, если бы был законодателем» (URL: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a1.html>); ст. 12 ГК Италии 1942 г. отсылает к «общим принципам правопорядка государства» на случай «молчания закона»; ст. 4 ГК Франции 1804 г. устанавливает ответственность за отказ принять решения под предлогом «молчания закона» (N-Lex. A common gateway to National Law. URL: <http://eur-lex.europa.eu>). В России гражданское и процессуальное законодательство содержит для таких случаев положение об аналогии права.

⁴² См., напр.: Хук М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С. 231.

⁴³ Это, по-видимому, отмечал И.Е. Фарбер, когда писал, что общие конституционные нормы «непосредственно не связаны с правоотношениями» (Советское государственное право / под ред. И.Е. Фарбера. Саратов, 1979. С. 49).



ку наполнены стандартами, из которых правило может быть дедуктивно выведено, а норма — сформулирована⁴⁴. И если законодатель вовремя не предусмотрел необходимую норму, то регулятивная функция конституционных принципов только способствует реализации регулятивной функции права в целом.

Принципы конституционного права как критерии конституционности правовых норм. Конечно, дела о нормоконтроле порой могут быть разрешены из имеющихся правовых норм. Однако сопоставления норм, установления их действительного смысла может быть и недостаточно. Это подтверждает нормоконтроль, осуществляемый в конституционном судопроизводстве, где решение требует не только нормативного, но и принципиального обоснования⁴⁵.

Во-первых, принципы конституционного права образуют значительную часть его положений⁴⁶, и проверяемые судом нормы часто являются дедуктивным развитием принципов, а не норм конституционного права. Во-вторых, даже когда существует норма конституционного порядка, с которой можно сличить норму других порядков, этого может быть недостаточно в том смысле, что формальное сопоставление норм не обнажает противоречия или мнимо свидетельствует о нем. В-третьих, обратившись только к нормам конституционного права, можно обнаружить такие одинаково действительные и применимые к делу нормы, которые сами по себе будут предполагать возможность разных решений, т.е. конкурировать между собой. Но если все нормы конституционного порядка действительны и одновременное применение норм, предполагающих разные варианты решения, логически абсурдно, то для разрешения дела может быть необходимо применение конституционных норм в свете конституционных принципов и в совокупности с ними. Конкуренция принципов позволяет их взаимное применение к одной и той же ситуации посредством согласования этой конкуренции судебным решением, что, в свою очередь, позволяет интерпретацией снять противоречия и в нормах, поскольку за нормами конституционного права стоят те или иные его принципы. В-четвертых, предмет отрасли, охватывая очень широкий спектр

⁴⁴ Об общих и индивидуальных нормах права см., напр.: *Kelsen H. Pure Theory of Law*. New Jersey, 2005. P. 19, 115; *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 46, 59; *Петражицкий Л.И.* Теория и политика права. СПб., 2010. С. 345; *Лившиц Р.З.* Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 55.

⁴⁵ См., напр.: *Енгибарян Р.В.* Конституционное развитие в современном мире. М., 2007. С. 154.

⁴⁶ Ряд положений конституций, порой понимаемых в качестве норм, небесспорны в такой квалификации. Это справедливо ко многим положениям о правах человека. Нормы конституции о правах человека есть, скорее, ограничивающие деятельность государства принципы, чем сообщающие субъективные права нормы (см., напр.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 50; *Kelsen H.* Op. cit. P. 140–141). А. Шайо пишет: «Права человека напоминают скорее декларации принципов, чем юридические предписания». Они (принципы), во-первых, «нуждаются в уточнении», во-вторых, «вступают в конфликты друг с другом» (*Шайо А.* Самоограничение власти. Краткий курс конституционализма. М., 2001. С. 285). С.В. Нарутто описывает возможность конкуренции конституционных положений о правах человека между собой именно так, как в настоящей статье представлено действие принципов (см.: *Нарутто С.В.* Обращение граждан в Конституционный Суд РФ. М., 2011. С. 126–144).

отношений, имеет дело с такими составляющими их суть интересами, которые вступают в противоречия между собой⁴⁷, что требует средств правового регулирования, надлежаще учитывающих этот факт. Нормы, в отличие от принципов, особенно учитывая динамический аспект права, не предназначены для решения такой задачи. Нормы — это результат согласования интересов⁴⁸, а принципы — средство, открывающее сам процесс согласования⁴⁹. Порождая этот процесс, они позволяют его пронаблюдать, сделать вывод о правомерности его результатов. Поэтому осуществляющим конституционный нормоконтроль судам и приходится нередко прибегать к принципам, пока конституционное право, связанное с защитой правомерных и в то же время конкурирующих между собой интересов, использует именно принципы для отражения и последующего согласования интересов, поставленных под его защиту⁵⁰.

Следовательно, на стадии применения права при рассмотрении судами дел о нормоконтроле конституционные принципы проявляют свою охранительную функцию. Она состоит в том, что выводимые из конституционных принципов требования позволяют в судебном порядке устранить из права те нормативные положения, которые вступают в противоречие с выраженными в таких принципах основополагающими этическими стандартами права.

Таким образом, конституционные принципы выполняют как минимум четыре функции: конструктивную, интерпретационную, регулятивную и охранительную. Реализация таких функций в изложенной выше интерпретации возможна благодаря специфике принципов как средств правового регулирования, без которой правовая система с трудом могла бы эффективно воздействовать на общественные отношения.

В завершение отметим: абстрактность содержания принципов привносит угрожающую определенности и стабильности права возможность усмотрения при отправлении правосудия. Конечно, *fiat justitia, et pereat mundus*, — и пусть правосудие стоит выше всех границ, кроме границ самого правосудия и стремления

⁴⁷ Возможны, например, противоречия между «правом на свободные выборы и свободой слова» (Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма. М., 2014. С. 40); равноценными принципами социального государства, свободы экономической деятельности и гарантированности права частной собственности (ст. 7, 8 Конституции РФ).

⁴⁸ «Нормы часто представляют компромисс между конкурирующими принципами» (Дворкин Р. Указ. соч. С. 116).

⁴⁹ Когда «сталкиваются два права... то разрешение приведенного затруднения как раз и нуждается в опоре на конструкцию законного интереса... Законный интерес — это... один из способов выстраивания иерархии правоприязнаний...» (Кокотов А.И. Доверие. Недоверие. Право. М., 2004. С. 53–54). «Федеральный законодатель должен исходить из того, что возникающие коллизии из законных интересов во всяком случае не могут преодолеваются путем предоставления защиты одним правам в нарушение других, равноценных по своему конституционному значению» (Постановление КС РФ от 14.05.2012 № 11-П).

⁵⁰ См., напр.: Матейкович М.С., Горбунов В.А. Законные интересы в конституционном праве. М., 2011. С. 49–61.



к справедливости. И все же, какие бы преимущества ни несли в себе принципы, даже малая степень неопределенности законов приносит гораздо больше зла, чем весьма значительная степень прямо освещенного ими неравенства⁵¹, а «для народа, в плоть и кровь которого не вошло еще уважение к закону, едва ли целесообразно слишком расширять пределы судейских полномочий»⁵². В этом отношении принципиальные, но абстрактные положения конституционного права «должны находить себе применение не в сфере судопроизводства, а, скорее, в области законодательства»⁵³. Между тем утверждать, будто суд есть всего лишь «уста, произносящие слова закона»⁵⁴, поспешно⁵⁵, а потому решение еще стоит поискать где-то поодаль от полярности.

⁵¹ См.: Смит А. Исследования о природе и причинах богатства народов. М., 1962. С. 588.

⁵² Михайловский И.В. Наказание как фактор культуры // Вопросы философии и психологии. 1905. № 2. С. 297.

⁵³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 98.

⁵⁴ Монтескье Ш.Л. О духе законов. М., 1999. С. 145.

⁵⁵ Можно предположить следующие поводы ограничить суд сугубо рамками правоприменения: 1) судьи не обладают формальными качествами, которые необходимы правотворцам, например легитимацией демократическими процедурами; 2) судьи не обладают необходимыми навыками и условиями, чтобы справиться с правотворчеством удовлетворительно; 3) положение судьи таково, что существует опасность бесконтрольного правотворчества (см., напр.: The Migration of Constitutional Ideas / ed. by S. Choudhry. Cambridge, 2010. P. 137; Дворкин Р. Указ. соч. С. 199–209; Барак А. Указ. соч. С. 231–275). Между тем суд с трудом мог бы претендовать на роль законодателя хотя бы потому, что находится в отличном от законодателя отношении к закону (см., напр.: ст. 20 Основного закона ФРГ 1949 г.; ст. 5 Конституции Туркменистана 1992 г.). Если законодатель намерен ввести норму, некогерентную правовой системе, он может поменять известную часть системы и сохранить это ее качество. Судья так поступить не вправе: «Судья всегда творит право в рамках права, а не вне его» (решение Верховного суда США от 19.03.1824 по делу *Osborn v. Bank of the US*), создаваемые им нормы должны сохранять актуальную когерентность действительных норм и принципов системы (см., напр.: *Fuller L. Anatomy of the Law*. N.Y., 1968. P. 94; *Raz J. Practical Reasons and Norms*. N.Y., 1999. P. 140). Кроме того, судья — слуга права, а не политики, мотивы политической целесообразности или интересы публичного администрирования, использованные в обоснование решения, нельзя назвать допустимыми, и это ограничивает судью в средствах, которые могут быть использованы им как правотворцем. Суд не может ввести систему лицензирования, установить налог или создать фонд: «Суд не имеет влияния ни на меч, ни на казну» (Федералист: политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. М., 1994. С. 502).